

**Le droit du travail en pratique  
Arbeitsrecht in der Praxis**

**Collection dirigée par Gabriel Aubert  
Professeur à l'Université de Genève**

---

**Volume 28**

# **Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis**

**Eine arbeitsrechtliche Abhandlung unter Berücksichtigung  
des gesellschaftsrechtlichen und des erbrechtlichen  
Betriebsübergangs**

**Dean Andreas Kradofer**

---

Schulthess § 2008

---

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	VII
Zusammenfassung/Résumé	XV
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
<b>1. Kapitel: Einleitung</b>	<b>1</b>
§ 1. Problemstellung, Zielsetzung und Aufbau der Arbeit	1
I. Problemstellung und Zielsetzung	1
II. Aufbau der Arbeit	2
§ 2. Begriffliches und Abgrenzungen	3
I. Betriebsübergang	3
1. Betriebsübergang mittels Singularsukzession	3
2. Betriebsübergang mittels Universalsukzession	3
a) Gesellschaftsrechtlicher Betriebsübergang	4
aa) Fusion	4
bb) Spaltung	6
cc) Umwandlung	7
dd) Vermögenübertragung	8
ee) Abgrenzung zu fusionsähnlichen Vorgängen	9
b) Erbrechtlicher Betriebsübergang	10
3. Zur Kategorisierung des Betriebsübergangs nach herrschender Lehre	11
II. Arbeitsverhältnis	12
1. Begriff und inhaltliche Merkmale	12
2. Person des Arbeitgebers	12
3. Person des Arbeitnehmers	14
a) Allgemeines	14
b) Abgrenzungen, insbesondere zu leitenden Organen und Gesellschaftern	17
c) Arbeitnehmerähnliche Personen und Scheinselbständige	18
<b>2. Kapitel: Rechtliche Grundlagen zur Beurteilung der Auswirkungen des Betriebsübergangs</b>	<b>23</b>
§ 3. Die Regelung von Art. 333 OR	23
I. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte von Art. 333 OR	23
II. Übersicht über Zweck und Inhalt von Art. 333 OR	25
III. Anwendungsbereich von Art. 333 OR	28
IV. Tatbestandselemente von Art. 333 OR im Einzelnen	29
1. Betrieb oder Betriebsteil	29
a) Begriff des Betriebes bzw. Betriebsteils i.S.v. Art. 333 OR	29
b) Abgrenzung zum Betriebsbegriff von Art. 1 Abs. 2 ArG	31

c)	Abgrenzung zum Geschäftsbegriff von Art. 181 OR	31
2.	Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils	32
a)	Betriebsidentität und ihre konkreten Teilaspekte	33
aa)	Art des Betriebes	35
bb)	Übernahme der wesentlichen materiellen Betriebsgüter	36
cc)	Übernahme der wesentlichen immateriellen Betriebsgüter	39
dd)	Übernahme der Kundschaft	41
ee)	Übernahme von Teilen der Belegschaft	41
ff)	Ähnlichkeit der ausgeübten Tätigkeiten	43
gg)	Keine Stilllegung der bisherigen betrieblichen Tätigkeit	46
hh)	Auftreten des neuen Betriebsinhabers nach aussen	48
ii)	Abgrenzungen	49
b)	Wechsel in der Trägerschaft des Betriebes	49
3.	Betriebsübergang kraft Rechtsgeschäfts ohne Notwendigkeit einer Rechtsbeziehung zwischen altem und neuem Betriebsinhaber	54
a)	Lange herrschende Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts	54
b)	Zur Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts	55
4.	Zum Betriebsübergang nach europäischem Recht	58
a)	Richtlinien des EG-Ministerrates als Ausgangspunkt	58
b)	Rechtsentwicklung durch den EuGH	60
c)	Würdigung	64
V.	Verhältnis des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR zu Forderungsabtretung, Schuldübernahme und Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts	65
VI.	Zusammenfassung	68
§ 4.	Die Regelung von Art. 338a OR	70
I.	Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte von Art. 338a OR	70
II.	Übersicht über Zweck und Inhalt von Art. 338a OR	70
§ 5.	Fusionsgesetz	73
I.	Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Fusionsgesetzes	73
II.	Übersicht über Zweck und Inhalt des Fusionsgesetzes	74
III.	Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes	76
<b>3. Kapitel:</b>	<b>Individualarbeitsrechtliche Auswirkungen des Betriebsübergangs</b>	<b>79</b>
§ 6.	Übergang des Arbeitsverhältnisses	79
I.	Beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	79
1.	Übergang ipso iure	79
a)	Gesetzliche Regelung von Art. 333 Abs. 1 OR	79
b)	Gegenstand des Übergangs	81

aa)	Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Arbeitsverhältnisse	81
bb)	Betriebs(teil)bezogene Arbeitsverhältnisse	84
c)	Zeitpunkt des Übergangs ipso iure	86
2.	Folgen eines Übergangs ipso iure	87
a)	Rechtsstellung des Arbeitgebers	87
aa)	Im Allgemeinen	87
bb)	Im Besonderen	87
b)	Rechtsstellung des Arbeitnehmers	91
aa)	Im Allgemeinen	91
bb)	Im Besonderen	91
3.	Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers	95
a)	Voraussetzungen des Ablehnungsrechts	96
b)	Rechtsfolgen der Ablehnungserklärung	101
II.	Beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	106
1.	Übergang ipso iure	106
a)	Ausgangslage vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes	106
b)	Gesetzliche Regelung	107
aa)	Bei der Fusion	107
bb)	Bei der Spaltung	109
cc)	Bei der Vermögensübertragung	111
dd)	Bei der Umwandlung	112
c)	Gegenstand des Übergangs	112
aa)	Allgemeines	112
bb)	Bei der Fusion	117
cc)	Bei der Spaltung	118
dd)	Bei der Vermögensübertragung	123
d)	Zeitpunkt des Übergangs	125
aa)	Bei der Fusion	125
bb)	Bei der Spaltung	127
cc)	Bei der Vermögensübertragung	128
2.	Folgen eines Übergangs ipso iure	129
a)	Rechtsstellung des Arbeitgebers	129
b)	Rechtsstellung des Arbeitnehmers	131
3.	Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers	132
a)	Voraussetzungen des Ablehnungsrechts	132
b)	Rechtsfolgen der Ablehnungserklärung	135
III.	Beim erbrechtlichen Betriebsübergang	138
1.	Übergang ipso iure	138
a)	Gesetzliche Regelung von Art. 338a Abs. 1 OR	138
b)	Gegenstand des Übergangs	141
c)	Zeitpunkt des Übergangs ipso iure	141
2.	Folgen eines Übergangs ipso iure	142
a)	Rechtsstellung des Arbeitgebers	142
b)	Rechtsstellung des Arbeitnehmers	143
3.	Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers	144
a)	Voraussetzungen des Ablehnungsrechts	145

b)	Rechtsfolgen der Ablehnungserklärung	147
IV.	Möglichkeiten von den gesetzlichen Bestimmungen abweichender vertraglicher Vereinbarungen	149
1.	Beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	149
a)	Rechtsnatur von Art. 333 Abs. 1 Halbsatz 1 OR	151
aa)	Möglichkeit abweichender Vereinbarung unter Einbezug des Arbeitnehmers	151
bb)	Keine Möglichkeit abweichender Vereinbarung ohne Einbezug des Arbeitnehmers	156
b)	Rechtsnatur von Art. 333 Abs. 1 Halbsatz 2 und Abs. 2 OR	156
aa)	Möglichkeit abweichender Vereinbarung unter Einbezug des Arbeitnehmers	156
bb)	Keine Möglichkeit abweichender Vereinbarung ohne Einbezug des Arbeitnehmers	158
2.	Beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	158
3.	Beim erbrechtlichen Betriebsübergang	158
V.	Zusammenfassung	159
1.	Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	159
2.	Übergang des Arbeitsverhältnisses beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	161
3.	Übergang des Arbeitsverhältnisses beim erbrechtlichen Betriebsübergang	163
§ 7.	Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses	164
I.	Beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	164
1.	Zum Bestandesschutz für übergewende Arbeitsverhältnisse	164
a)	Allgemeines zum Kündigungsschutz beim Betriebsübergang	164
b)	Spezielle Regelung für die Arbeitnehmervertreter	169
2.	Besondere Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen beim Betriebsübergang	170
a)	Missbräuchliche Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR	171
b)	Kündigung unter Umgehung von Art. 335f OR	172
c)	Missbräuchliche Änderungskündigung	174
d)	Vereitelung arbeitsrechtlicher Ansprüche	177
3.	Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung	179
a)	Bei missbräuchlicher Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR	179
b)	Bei Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 336 Abs. 1 OR	181
c)	Bei Verletzung von Art. 335f OR über die Massenentlassung	182
II.	Beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	183
1.	Zum Bestandesschutz für übergewende Arbeitsverhältnisse	183
2.	Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen	186
III.	Beim erbrechtlichen Betriebsübergang	187
IV.	Zusammenfassung	188
§ 8.	Auswirkungen auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses	189
I.	Beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	190
1.	Fortgeltung individualarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	190
2.	Fortgeltung kollektivarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	193

a)	Fortgeltung von Gesamtarbeitsverträgen	193
aa)	Verbandsverträge	194
bb)	Firmenverträge	200
b)	Fortgeltung von Betriebsordnungen	202
II.	Beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	206
1.	Fortgeltung individualarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	206
2.	Fortgeltung kollektivarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	208
a)	Verbandsverträge	209
b)	Firmenverträge und Betriebsvereinbarungen	212
III.	Beim erbrechtlichen Betriebsübergang	213
1.	Fortgeltung individualarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	213
2.	Fortgeltung kollektivarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	214
a)	Verbandsverträge	214
b)	Firmenverträge und Betriebsvereinbarungen	215
IV.	Zusammenfassung	216
§ 9.	Haftung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis	218
I.	Beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	219
1.	Haftung aufgrund von Art. 333 Abs. 1 OR: Übernahme sämtlicher Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis durch den neuen Arbeitgeber	219
2.	Haftung aufgrund von Art. 333 Abs. 3 OR	221
a)	Gesetzliche Regelung: Solidarschuldnerschaft zwischen altem und neuem Arbeitgeber	221
b)	Gegenstand der Haftung im Allgemeinen: Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis	224
c)	Gegenstand der Haftung im Besonderen I: Arbeitsrechtliche Forderungen auf Geldleistung	226
aa)	Lohnforderungen aller Art	226
bb)	Ersatz von Auslagen	228
cc)	Abgeltung von Ferienansprüchen	229
dd)	Anspruch auf Rückerstattung der Kautions	229
ee)	Anspruch auf Vergütung für im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschaffene Immaterialgüter	230
ff)	Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und ungerechtfertigter fristloser Entlassung	231
gg)	Anspruch auf Schadenersatz wegen gerechtfertigter fristloser Kündigung	233
hh)	Anspruch auf Abgangsentschädigung	234
ii)	Anspruch auf Entschädigung wegen sexueller Belästigung	234
jj)	Anspruch auf Rentenleistungen infolge Frühpension	235
kk)	Forderungen aus einem Sozialplan	236
ll)	Nicht: Unbezahlte AHV-Beiträge	237
mm)	Nicht: Unbezahlte ALV-Beiträge	239
nn)	Teilweise: Unbezahlte BVG-Beiträge	240
oo)	Teilweise: Unbezahlte UVG-Beiträge	242

d)	Gegenstand der Haftung im Besonderen II: Arbeitsrechtliche Forderungen auf Nicht-Geldleistungen	243
aa)	Anspruch auf Naturallohn	243
bb)	Anspruch auf Erfüllung von Datenschutzpflichten	244
cc)	Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses	246
dd)	Nicht: Anspruch auf Ferien, Überstunden- und Überzeitkompensation	248
e)	Zeitliche Begrenzung der Haftung	249
aa)	Gesetzliche Regelung	249
bb)	Bedeutung der Fälligkeit einer Forderung	250
cc)	Bedeutung des Entstehungszeitpunktes einer Forderung	253
dd)	Verjährungsfrage	258
f)	Sonderfragen	259
aa)	Solidarhaftung auch ohne vertragliche Beziehung zwischen den Arbeitgebern	259
bb)	Begrenzung der Solidarhaftung auf vernünftigerweise zu erwartende Ansprüche?	260
cc)	Möglichkeit abweichender Vereinbarungen	261
dd)	Subrogation der Arbeitslosenkasse bei Insolvenzentschädigung	262
II.	Beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	263
1.	Haftung bei der Fusion von Rechtsträgern	263
a)	Gesetzliche Regelung im Allgemeinen	263
aa)	Haftung der übernehmenden Gesellschaft	263
bb)	Haftung der übertragenden Gesellschaft	263
b)	Zur Sicherstellung der Arbeitnehmerforderungen im Besonderen	264
aa)	Gegenstand und Umfang der Sicherstellung	264
bb)	Modalitäten der Sicherstellung	266
c)	Zur Kontinuität der persönlichen Haftung im Besonderen	267
2.	Haftung bei der Spaltung von Rechtsträgern	269
a)	Gesetzliche Regelung im Allgemeinen	269
aa)	Haftung der übernehmenden Gesellschaft	269
bb)	Haftung der übertragenden Gesellschaft	270
b)	Zur Sicherstellung der Arbeitnehmerforderungen im Besonderen	271
c)	Zur Kontinuität der persönlichen Haftung im Besonderen	272
d)	Zur Solidarhaftung der beteiligten Gesellschaften im Besonderen	273
aa)	Spaltungsrechtliche Solidarhaftung	273
bb)	Arbeitsrechtliche Solidarhaftung	275
cc)	Verhältnis der beiden Solidarhaftungen	275
3.	Haftung bei der Vermögensübertragung	277
a)	Gesetzliche Regelung im Allgemeinen	277
aa)	Haftung der übernehmenden Gesellschaft	277
bb)	Haftung der übertragenden Gesellschaft	277

b)	Zur solidarischen Haftung der übertragenden Gesellschaft im Besonderen	278
c)	Zur Sicherstellung der Arbeitnehmerforderungen im Besonderen	280
4.	Haftung bei der Umwandlung	281
III.	Beim erbrechtlichen Betriebsübergang	282
1.	Gesetzliche Regelung	282
2.	Verhältnis zwischen der erbrechtlichen Haftungsordnung und derjenigen von Art. 333 Abs. 1 bzw. 3 OR	283
a)	Übersicht über die in der Literatur vertretenen Lehrmeinungen	283
b)	Würdigung	284
aa)	Erbgang mit nur einem Erben	285
bb)	Erbgang mit mehreren Erben	286
3.	Haftung bei amtlicher Liquidation und Erbausschlagung	288
IV.	Zusammenfassung	289
1.	Haftung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang mittels Singularsukzession	289
2.	Haftung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis beim gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang	290
3.	Haftung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis beim erbrechtlichen Betriebsübergang	292
<b>4. Kapitel:</b>	<b>Ausgewählte Sonderfragen</b>	295
§ 10.	Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Insolvenz- oder Sanierungsverfahren	295
I.	Problemstellung	295
II.	Übersicht über Literatur und Rechtsprechung	296
III.	Auslegung von Art. 333 OR	298
1.	Grammatikalische Auslegung	299
2.	Historische Auslegung	300
3.	Systematische Auslegung	302
4.	Teleologische Auslegung	306
a)	Automatischer Übergang des Arbeitsverhältnisses und Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers	307
b)	Inhaltsschutz	309
aa)	Fortgeltung individualarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	309
bb)	Fortgeltung kollektivarbeitsrechtlicher Vereinbarungen	310
c)	Haftungsschutz	311
d)	Resultat de lege lata und teilweise Klärung durch das Bundesgericht	314
5.	Europarechtskonforme Auslegung	319
6.	Ergebnis	321
IV.	Anwendbarkeit bei Sanierungen ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens	322
V.	Anwendbarkeit im Konkursverfahren	324

1.	Bei Konkurseröffnung	324
2.	Bei Eintritt der Konkursmasse in den Arbeitsvertrag	324
3.	Bei Veräußerung des Betriebes aus der Konkursmasse	325
VI.	Anwendbarkeit im Nachlassverfahren	327
1.	Bei Nachlassstundung und Konkursaufschub	327
a)	Nachlassstundung	327
b)	Konkursaufschub	329
2.	Beim Nachlassvertrag	329
a)	Ordentlicher Nachlassvertrag	329
b)	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung	330
c)	Nachlassvertrag im Konkurs	331
VII.	Fazit de lege lata	332
VIII.	Ausblick de lege ferenda	334
§ 11.	Folgen einer Verletzung der Vorschriften im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang	340
§ 12.	Betriebsübergang und Arbeitslosenentschädigung	342
I.	Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosenentschädigung trotz Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses?	342
1.	Einstellung der Anspruchsberechtigung infolge Ablehnung des Übergangs	342
2.	Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung	345
II.	Anspruch des Arbeitnehmers auf Insolvenzenschädigung trotz Betriebsübergangs vor Konkurseröffnung?	347
III.	Zusammenfassung	350
<b>5. Kapitel:</b>	<b>Schlussfolgerungen</b>	<b>353</b>
	Sachregister	359